

# Estado de Direito

PORTO ALEGRE, JUNHO DE 2007 • ANO II • Nº 9

## Um novo paradigma:

### ***O Direito na sua forma universal, simples e acessível, demonstrando a necessidade de levar a educação jurídica a todo o cidadão***

O que nos falta é a forma para levar o conhecimento, pois o Direito está em nosso cotidiano independentemente de nossas vontades. Fazemos parte do sistema. A questão é como torná-lo interessante. E por isso, o Estado de Direito vem unindo esforços para que em todos os seus projetos consiga atingir com naturalidade e simplicidade, uma nova comunicação com a sociedade. Uma forma que não se limita a linguagem técnica em si, mas todo um conjunto de ações que faz diferenciar este projeto de qualquer outro modelo já existente em nossa sociedade.

Nessa edição trazemos a participação de Rui Manuel Gens de Moura Ramos, Presidente do Tribunal Constitucional de Portugal, que fala sobre 'O Sistema de Controle da Constitucionalidade das Leis em Portugal', em que detalha os aspectos e as características do controle da constitucionalidade do sistema jurídico português, ressaltando a relevância do debate na atualidade e a importância do mesmo no Estado Contemporâneo. Ele explica ainda o que é a constitucionalidade, suas origens, as funções do Tribunal Constitucional Português e o funcionamento do mesmo.

### **Embriões Excedentes**

A advogada Cristiane Beuren Vasconcelos, aborda em seu artigo a discussão sobre a Lei de Biossegurança, a qual, em seu artigo 5º, permite o uso de células tronco humanas, retiradas de embriões excedentes, como matéria-prima de pesquisa e manipulação desde que reconhecidas como inviáveis.

Página 10

### **Assédio Moral e Contrato de Trabalho**

O Juiz e vice-presidente Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pedro Paulo Teixeira Manus, explica quais as situações em que o termo 'Assédio Moral' é adequadamente aplicado. Ele analisa a crescente discussão judicial sobre o assunto como um passo extremamente relevante na defesa dos direitos dos cidadãos, resultando no respeito à dignidade dos mesmos.

Página 10

### **Lei de Execuções Penais**

O Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo, Roberto Porto, questiona o papel das penitenciárias brasileiras quanto à reabilitação dos sentenciados. Segundo ele, a rotina imposta pelas casas prisionais do País está no caminho inverso da disciplina, da utilidade social, do bom convívio e do respeito. Observando esse panorama, Porto destaca que o sistema prisional foge as regras impostas por ele próprio.

Página 4

### **Foro Privilegiado e Impunidade**

O Juiz Federal, José Paulo Baltazar Júnior, fala sobre a Proposta de Emenda Constitucional 358, que pretende garantir o foro privilegiado mesmo para os casos em que a ação penal venha a ser proposta depois que o agente público deixou o cargo, além de ampliar sua aplicação para os casos da chamada improbidade administrativa.

Página 9



CARMELA GRÜNE

Rui Manuel Gens de Moura Ramos

NOVAS EDIÇÕES

**DIREITO CIVIL PARTE GERAL**

**Série Fundamentos Jurídicos**  
uma Seleção de Obras Atualizadas e Práticas para atender aos estudantes.

As séries Fundamentos Jurídicos constituem-se em uma seleção de obras atualizadas, práticas e de conteúdo complexo para atender a interesses de estudantes, candidatos de concursos jurídicos e profissionais de Direito. Elaboradas por autores de reconhecida experiência profissional e acadêmica, os livros versam sobre os temas fundamentais de todas as áreas do Direito.

Procure em sua livraria ou ligue para 0800 17 1944. Você pode também comprar pelo Portal Atlas: [www.EditoraAtlas.com.br](http://www.EditoraAtlas.com.br)

## Estado de Direito

Estado de Direito Comunicação Social Ltda.  
CNPJ 08.583.884/0001-66  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Rua Conselheiro Xavier da Costa, 3004  
CEP: 91760-030 – fone: (51) 3246.0242 e 3246.3477  
e-mail: contato@estadodedireito.com.br  
msn: jornal\_estadodedireito@hotmail.com  
internet: www.estadodedireito.com.br

### Direção:

Carmela Grüne  
carmela@estadodedireito.com.br | (51) 9985.7340  
carmelagrune@via-rs.net

### Jornalista Responsável:

Patrícia Araujo - MTb 11686

### Colaboradores:

Bayard Fos, Carlos Bailon, Diego Moreira Alves,  
Filipe Tisbieriek, Juliana Gomes Braggio,  
Juliano Araujo dos Santos, Ricardo Amadesi Costa,  
Rogerio Blazina, Marcelo Ruivo,  
Stanley Siqueira de Albernaz e Sue Ellen Siqueira de Albernaz

### Atendimento ao Assinante:

(51) 3246.0242 e (51) 3246.3477

### Assinatura:

assinatura@estadodedireito.com.br

### Redação:

redacao@estadodedireito.com.br

### Anúncios:

teleanuncios (51) 3246.3477  
comercial@estadodedireito.com.br

### Pontos de distribuição:

PORTO ALEGRE  
Livraria Saraiva Shopping Praia de Belas  
1001 Produtos e Serviços de Informática:  
Matriz - Rua São Luís, 316- Santana - 3219.1001  
Menino Deus - Shopping Praia de Belas - Térreo - 3026.7585  
Centro - Andradás, 1273, lj. 003 - Galeria Edith - 3224.4119  
DEMAIS REGIÕES  
Contatar (51) 3246.3477

### Projeto Gráfico e Diagramação:

www.gazineu.com.br  
Luciano Gazineu | (51) 9952.3177

### Impressão: Zero Hora

Tiragem: 20.000 exemplares

## Projeto Estado de Direito

“Somos nós no processo social de produção do próprio Direito!”

O Jornal faz parte do projeto **Estado de Direito** que visa despertar o interesse de toda a comunidade pela Cultura Jurídica. Colabore com o crescimento deste projeto.

Doações poderão ser feitas através de depósito no Banco do Brasil, AG 3255-7, conta corrente 15.439-3

Se você deseja conhecer os outros projetos contate-nos!

\*Os artigos publicados nesse Jornal são responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente a opinião do Jornal

## Editorial

O Jornal Estado de Direito busca a democratização da Cultura Jurídica no Brasil e no mundo, através de renomados escritores e de seus patrocinadores que não têm medo de investir na consciência crítica de toda a população. O resultado dessa soma de esforços é que esse Projeto cresce a cada dia.

Nesta 9ª edição conseguimos aumentar a tiragem para 20 mil exemplares e, com muito esforço, estaremos aumentando cada vez mais e levando de todas as formas possíveis o acesso ao conhecimento, a educação, enfim, ao ensino jurídico. Sabemos que é uma tarefa difícil de ser feita, mas esse é o nosso desafio. Superar fronteiras, atravessar obstáculos, enfrentar as dificuldades e acreditar que é possível ensinar Direito com uma nova forma, uma nova linguagem, uma nova atitude.

Estamos trabalhando para implementar o Projeto Mercosul, o Projeto México e o Projeto Portugal que objetivam integrar as culturas desses países. Quero aproveitar a oportunidade e fazer um convite para todos os empresários, escritórios de advocacia, instituições e faculdades para que façam parte desse Projeto, divulguem seus trabalhos, colaborando assim, no desenvolvimento de uma sociedade mais consciente.

Junto com cada um de vocês, queremos promover o bem social. Contribuir realmente, pois cada pessoa é uma esperança de melhorar a nossa realidade.

# Convivendo com a diversidade

Maria Berenice Dias\*

Em 1969, no dia 28 de junho, Nova Iorque serviu de palco a um confronto entre policiais e homossexuais, acontecimento que, pelas suas tristes conseqüências, acabou servindo de marco para a institucionalização do Dia do Orgulho Gay.

A busca pela cidadania, o combate ao preconceito e a tentativa de eliminar a discriminação desencadeou um grande movimento, levando à formação de inúmeros grupos ativistas, que vem evidenciando que o direito à dignidade implica no direito à liberdade e à igualdade, como imperativos de um Estado Democrático de Direito.

A dificuldade da sociedade em conviver com os segmentos que não repetem nem reproduzem o modelo de vida aceito como “normal” leva à odiosa exclusão de todas as minorias, que são relegadas à margem

da inserção social. Essa postura, que se revela como flagrante afronta aos direitos humanos fundamentais, acaba alimentando os chamados “crimes de ódio”, perpetrados exclusivamente pelo afastamento do indivíduo do modelo aceito como politicamente correto.

Daí ser imperioso que todos passem a ver e aprendam a conviver com as diferenças. Quem não é igual não deve ter medo nem vergonha de assumir sua condição de vida. Assim, “sair do armário” é a forma mais fácil e rápida para a inserção de quem não escolheu ser diferente e não merece ser alvo do repúdio e da marginalidade.

Por isso, nesta época do ano paradas se multiplicam em todo o mundo. De há muito o Brasil realiza as maiores paradas do mundo. Trata-se de uma festa de cidadania.

Lá comparecem não somente gays, lésbicas, travestis, transexuais e drag queens. Simpatizantes vão empenhar solidariedade e demonstrar simpatia.

Mais do que uma festa as paradas são atos políticos, momentos cívicos, que, se repetem em várias cidades de todo o país. Estes acontecimentos, com certeza, são o marco de uma mudança de mentalidade, uma maior consciência de cidadania, e de respeito a quem encontrou na homoafetividade o seu jeito de ser.

Imperioso que todos passem a conviver com a diversidade, com as diferentes formas de viver, pois imprescindível que a todos seja assegurado o direito de ser feliz.

\*Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. [www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

# Fiquemos ATENTOS!

Valdete Souto Severo\*

Multiplicam-se ações trabalhistas retratando situação idêntica: empresas que não registram seus empregados, senão após um período de experiência de pelo menos trinta dias; empresas que mantêm registros invariáveis dos horários de trabalho; empresas que mantêm software que permite ampla manipulação dos registros de horário; empresas que mantêm empregados realizando tarefas idênticas mediante remunerações diversas; empresas que não possuem mais empregados, apenas “colaboradores”. Algumas dessas empresas são “clientes” conhecidas da Justiça do Trabalho, porque toda a semana realizam um sem-número de audiências no foro trabalhista. Lidam com a contumaz inobservância dos direitos fundamentais, como se fosse apenas sua lícita estratégia de administração. Suscitam uma série de preliminares, recorrem e, assim, tornam o descumprimento das regras trabalhistas um “grande negócio”.

Todos os meses, inúmeras sentenças são publicadas declarando a ilegalidade do procedimento adotado por essa espécie de empregador. A situação, porém, não se modifica. Todos agem de um modo um tanto anestesiado, como se fizesse “parte da vida” a repetição de demandas de mesma natureza, para retratar a mesma realidade,

que nunca é modificada.

Não é mais razoável que o Poder Judiciário Trabalhista presencie, inerte, atitudes como as antes descritas. Atenta contra a boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a dedução de defesas temerárias, bem como a inobservância reiterada do que dispõe o ordenamento jurídico vigente. As regras trabalhistas vigentes – de caráter imperativo e com força de direito fundamental – valem para todos aqueles que participam das relações de trabalho. Não é diferente com a primeira reclamada. Logo, não é razoável aceitar que essas empresas, na qualidade de empregadoras, continuem a sustentar tal situação. Não é razoável que continuemos a conviver com um número excessivo de demandas em que as mesmas alegações, de parte a parte, se repetem, consolidando uma prática de utilização nociva da ordem jurídica, para perpetuar o desrespeito à essa mesma ordem.

A aplicação de pena por litigância de má-fé, em casos como esses, passa a ser condição indispensável para que as empregadoras comecem a perceber que não observar os direitos dos trabalhadores que contratam pode não ser um negócio tão vantajoso economicamente. É

o único meio de minimizar a atitude temerária e ilegal por elas adotada, de modo a demonstrar – ao menos – a inconformidade do Poder Judiciário Trabalhista com essas práticas. E muitas das vezes as situações de inobservância manifesta dos direitos dos trabalhadores é praticada por prestadora de serviços, cujas atividades são aproveitadas por empresas tomadoras. Essas tomadoras têm responsabilidade inclusive pela conseqüência pecuniária que advém da má-fé das empregadoras diretas. Sua atitude não é diferente daquela assumida pela prestadora dos serviços, sobretudo quando continua a contratar e a aproveitar a mão-de-obra de trabalhadores que sabe (porque participa das inúmeras demandas que contra ela tramitam) não serem respeitados em seus direitos mínimos.

Cabe aos operadores jurídicos tornar um “mal negócio” a repetição de atitudes ilegais e contrárias à ordem constitucional vigente. Parece ser esse o único caminho para tentar combater tal prática abusiva. Cabe à nós coibirmos a institucionalização da má-fé nas relações jurídicas. Fiquemos, pois, atentos!

\*Juíza do Trabalho

Venha fazer Pós-Graduação em uma Faculdade de Direito com **NOTA MÁXIMA** na avaliação do **MEC**.

**AV. FARRAPOS - Nº 235 (51) 3225-4075 / 3212-2425**

**PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO**  
ÊNFASE NA PREPARAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS.  
INÍCIO EM JUNHO - VAGAS LIMITADAS!

**PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**  
ÊNFASE NA PRÁTICA PROFISSIONAL.  
INÍCIO EM AGOSTO

## A Vida de um Magistrado

João Carlos Pestana de Aguiar Silva\*

### CAPÍTULO I

Lá está ele. Concentrado como só as crianças conseguem ficar quando estão brincando uma brincadeira boa. Ouviu o forte ronco dos motores dos carros na rua Marquês de São Vicente. Era o início da corrida em momento eletrizante. As "baratas", como eram chamados os carros de corrida da época, eram dirigidas por pilotos em sua maioria italianos, sendo alguns famosos como Pintacuda, Viloresi, Ascari, Varzi e, mais tarde, o inesquecível nacional Chico Landi.

O menininho era a imagem da felicidade. Tinha apenas dois anos e já se admirava com aquele espetáculo, que se passava ali mesmo, na rua onde ficava sua casa de vila, tendo os moradores locais como parte da grande platéia.

Ocupava um lugar maravilhoso: alto, variado em função dos acontecimentos e principalmente seguro. Os ombros do pai eram o melhor lugar do mundo para um garotinho como ele.

A emoção de assistir e ouvir tudo e o roncar dos motores resistiu o passar do tempo e se tornou presença certa em qualquer recordação da infância. Era a sensação de assistir a corrida tendo os ombros do pai como uma poltrona.

O circuito da prova passava pela Gávea e o Leblon, bairros da zona sul do Rio de Janeiro, mas o início e fim eram sempre ali, no bairro da Gávea.

Uma entrada perigosa na Av. Visconde de Albuquerque produziu alguns acidentes, um dos quais aquele fatal acontecido com o piloto Irineu Corrêa.

Seguiam pela Av. Niemayer e subiam a Estrada da Rocinha até retornarem à mesma rua Marquês de São Vicente onde atingiam, perante o maior público, a velocidade de 200 km. por hora.

Para o pequenino Carlos eram momentos de alegria e curiosidade. O Rio de Janeiro e sua magia

sempre foram importantes para ele.

Em quase toda a juventude o futuro juiz iria passar nessa cidade. E sua preocupação com o homem urbano e sua qualidade de vida talvez tenham vindo daí. Mas, certamente sua certeza de enfrentar desafios de forma limpa e honesta já começara a se delinear nos tempos de Pintacuda e sua turma.

### CAPÍTULO II

Após ser aprovado nos primeiros lugares em concurso para o cargo de Comissário de Polícia e tomando posse do cargo no ex-Estado da Guanabara, três anos depois de trabalho intenso foi aprovado com louvor e no primeiro lugar para o cargo de Juiz de Direito Substituto do ainda Estado da Guanabara.

Já quando Desembargador do Órgão Especial do Estado do Rio de Janeiro, chegou a hora do julgamento de, no final dos anos noventa, um grande e tormentoso processo criminal envolvendo o maior número de acusados (cerca de 60) e autos contando em torno de 200 volumes (40.000 páginas), em inédito montante.

O ex-menino, agora, era dos primeiros a votar dentre vinte e cinco desembargadores incumbidos de decidir e com certo poder de persuasão.

Normalmente o julgamento deveria acontecer em Juízo comum, mas uma autoridade ré tinha privilégio de foro como denunciada, além de delegados de polícia, inspetores, detetives e de marginais conhecidos do jogo proibido, todos também denunciados no mesmo processo.

A idêntica tensão controlada dos tempos da mais tenra infância pareceu voltar. O mesmo parecia ocorrer com os demais julgadores, os acusados e a própria platéia, na maioria composta de advogados e repórteres, com clima de angústia e expectativa no ar.

O julgamento longuíssimo, cansativo e tenso

pela análise simultânea de tantos acusados presentes caso a caso, durou todos os dias úteis por inteiro de duas semanas seguidas, somente com a interrupção do sábado e domingo.

Todos os advogados subiram à tribuna e defenderam ardentemente seus constituíntes.

Só quem ainda não vivenciou tão prolongado quadro de tensão emocional contida ignora o insuportável peso de resistência psíquica represada.

Aqueles homens da lei indiciados estavam prestes a ter suas vidas profissionais encerradas.

Por isso todos os acusados não ignoravam estar sendo, a todo o tempo, diretamente analisados por experientes julgadores e sob risco de condenação com perda do cargo.

Quando o Desembargador estava divagando nessas ligeiras lucubrações ouviu, vindo do corredor, gritos que foram se tornando cada vez mais altos e lancinantes, a tal ponto que o julgamento parou por alguns minutos.

Era um delegado gritando em desespero por ter sido condenado à prisão e perdido o cargo, gerando natural comiserção.

No caso fez por onde. Havia provas contundentes. Ainda assim, a todos fez-nos lembrar de nossa própria fragilidade, de nossas reais dúvidas existenciais e dos riscos a nós submetidos pelas severas contingências da própria vida profissional.

Tudo bem fluido, em numerosas vezes escapando de nosso domínio e nossos dedos irreparavelmente.

### CAPÍTULO III

Vivemos até o limite de tudo. E esse desespero em poder errar é irreparável. Até mesmo caindo em muito mal intencionadas armadilhas.

Não pode haver, sequer, boa-fé perante as perversas escaramuças da vida em geral. Mormente quando

estamos todos cercados de pérfidas consciências, essas num vale tudo contra quem ousar contrariar interesses ou se revelar melhor em inteligência, cultura, competência, honestidade ou mais, sobretudo quando todos guardamos tantos momentos de espírito desarmado.

Essa angústia os conduzia ao máximo de atenção no julgamento, tal como interagiam em todos os demais, no cumprimento do dever à luz da inafastável consciência profissional.

No julgamento final, houve a absolvição da autoridade com privilégio de foro, a condenação dos contraventores e de alguns policiais, com absolvição de outros, tudo com a devida e segura fundamentação, em resultado final de uma missão processadora e julgadora do mais longo e trabalhoso tempo nas últimas décadas.

Eis as eventualidades da vida e das profissões em geral, pois equilibradas ou não pelos momentos de surpresa, êxitos, percalços e tensão enfrentados.

Como exemplo, o resultado provavelmente desagradou às equipes de reportagem, que aguardavam ansiosas condenações as mais severas e assim, também escandalosas, diante do longo fato delituoso, tempo recorde de sessões decorrido e temas penais debatidos.

O pouco vibrante noticiário e de estreito espaço da imprensa falada e escrita nos dias seguintes, deixou essa impressão aos ouvintes e leitores cientes dos acontecimentos. Em suma, quem por dever de ofício não enfrentou, fugidamente que tenha sido, tamanhos encontros, desencontros e, a rigor, inevitáveis deveres de ofício a si levados para um justo cumprimento, certamente passou sim pela vida, e como bem conclui o poeta, mas não viveu.

\*Desembargador Aposentado - Rio de Janeiro

## A Propriedade Intelectual no Rol dos Direitos Fundamentais Europeus

Karlo Fonseca Tinoco\*

Ao julgar que o artigo 1 do Protocolo nº 1 é aplicável à propriedade intelectual como tal (julgamento proferido pela Grande Câmara no dia 11 de janeiro de 2007, nº 73049/01, Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal) a Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) reforça a qualificação da propriedade intelectual como direito fundamental. Sendo assim, a regra de que cada indivíduo tem direito ao respeito de seus bens beneficia os titulares de direitos de propriedade intelectual.

A origem do problema repousa sobre a divergência entre a empresa americana fabricante da cerveja *Budweiser* e a empresa tcheca fabricante de uma cerveja de mesmo nome, que tem sua origem na cidade de Budweis.

A empresa americana depositou um pedido da

marca *Budweiser* em Portugal no ano de 1981, o qual foi anulado em 1999 por força da aplicação de um acordo bilateral relativo à proteção de indicações geográficas, concluído entre Portugal e Rep. Tcheca em 1986. A empresa americana pretendia a constatação de uma ingerência portuguesa e um conseqüente não cumprimento do art. 1 do Protocolo nº1. Após uma primeira decisão consagrando a aplicação do referido artigo, a Grande Câmara da CEDH acabou por se pronunciar pela exclusão dos pedidos de registro do seu campo de aplicação.

O interesse fundamental constatado no presente julgamento reside na admissão clara e nítida dos direitos de propriedade intelectual no campo dos direitos fundamentais, uma vez que

tal entendimento nunca havia sido tão claramente explicitado pela corte. O que parece justo, uma vez que o dispositivo legal não faz distinção entre os diferentes bens, sejam eles corpóreos ou incorpóreos.

A qualificação como direito fundamental traz consigo algumas conseqüências, dentre elas a sua evidente força simbólica e maior legitimidade, o que nos parece útil em épocas de contestação do sistema de propriedade intelectual. Ainda, tal qualificação permite a paralisação de um ataque perpetrado contra a propriedade intelectual se fundando sobre um outro direito fundamental, como por exemplo, o direito à informação.

Contudo, a questão controversa deste julgamento se coloca na possível qualificação de

um pedido de registro de marca como bem. A CEDH optou pela não qualificação do pedido de registro como bem, o que nos parece apropriado visto que, em diversas legislações nacionais na Europa, o direito de propriedade de uma marca é oriundo de seu registro, e não de seu simples depósito.

Em outros termos, tal decisão ha o mérito de consagrar a entrada da propriedade intelectual no rol dos direitos fundamentais protegidos pela Convenção Européia de Direitos Humanos.

\*Mestre em Direito da Propriedade Intelectual pelo *Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle* – CEIPI – Universidade de Strasbourg III, França. Advogado, sócio de Martignoni & Tinoco Advogados Associados.

# 20 Anos da Lei de Execuções Penais

Roberto Porto\*

Ao ingressar em um presídio brasileiro, o sentenciado é despido de sua aparência usual. É despojado de seus pertences pessoais, recebendo um uniforme padronizado, o qual é obrigado a utilizar. Seu nome é substituído por um número, denominado matrícula. O seu cabelo é raspado. É privado de toda e qualquer comodidade material, recebendo tão somente o necessário a sua higiene pessoal.

“ Segundo dados publicados pela Fundação Internacional Penal e Penitenciária, o Brasil é o país da América Latina com a maior população carcerária, bem como o maior déficit de vagas vinculadas ao sistema penitenciário. ”

E, por fim, é informado das normas do estabelecimento e das consequências do seu descumprimento.

Este processo, denominado perda da subjetividade, consiste na desprogramação do indivíduo, na perda de sua identidade, de modo a torná-lo apto a um novo mecanismo, de repro-

gramação, agora baseado em regras de enquadramento, adestramento, de padronização.

Ao determinar ao sentenciado uma rotina diária a ser seguida, pretende-se uma renúncia à própria vontade e ao desejo. Como explicado por Goffman, este sistema consiste na perda e anulação da singularidade.

Utilizando-se desta técnica disciplinar, as instituições carcerárias brasileiras visam à transformação dos sentenciados, de forma a modificar suas disposições criminosas, neutralizando sua periculosidade, tornando-os dóceis, a fim de que absorvam as regras estabelecidas internamente e a imposição de novas condutas.

Nesse sentido, deveriam funcionar as prisões como parâmetro de comportamento a serem seguidos pelos sentenciados, a partir de valores opostos definidos pela sociedade do bem e do mal, do lícito e do ilícito. Caberia aos administradores do sistema ditar este padrão de comportamento a ser seguido pela comunidade carcerária, através de um sistema de aprendizado baseado na introjeção da disciplina, da utilidade social, do bom convívio, do respeito, o que não vem ocorrendo.

O que permite ao Estado aplicar a penalidade disciplinar é a inobservância da regra, tudo aquilo que se afasta dela, o desvio. Quando o próprio sistema prisional não dá o exemplo, fugindo das

regras por ele exigidas, permite que os sentenciados assim também o façam.

A falta de programas de ressocialização faz com que os detentos sejam reeducados pelos próprios companheiros, e não pela equipe de supervisão.

O inicial processo de despersonalização aplicado propicia agora que o sentenciado absorva não as regras de bom comportamento estabelecidas pela sociedade, como deveria ocorrer, e sim as normas estabelecidas pelos próprios detentos, baseadas na rebeldia, na resistência, na rejeição social.

Neste contexto, as prisões brasileiras perderam o seu papel exigido, de aparelho transformador de indivíduos. A prisão não foi criada como forma de privação de liberdade. A sua razão de existir, desde o início, sempre foi a função técnica de correção. A perda da liberdade do sentenciado foi a forma encontrada para implementar esta técnica.

A solidão, o confinamento, sempre foram tidos como instrumentos de reforma dos sentenciados. Deveriam ser utilizados para gerar a reflexão, o remorso pelos crimes cometidos. O isolamento asseguraria ao Estado condições propícias a exercícios de bons hábitos de sociabilidade, o que não vem ocorrendo.

A técnica penitenciária brasileira se afastou de seu caráter terapêutico. Os mecanismos e os efeitos da prisão se

difundiram ao longo dos anos, e a privação da liberdade deixou de comportar um projeto técnico.

Mas não é só. Dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional indicam no Brasil um déficit de mais de 62.000 vagas. São 345 mil mandados de prisão expedidos e não cumpridos, em um país onde são praticados mais de 1 milhão de crimes por ano. O Brasil possui 175 estabelecimentos prisionais em situação precária, sendo necessária a construção de mais 130 prisões para que não haja superlotação.

Segundo dados publicados pela Fundação Internacional Penal e Penitenciária, o Brasil é o país da América Latina com o maior população carcerária, bem como o maior déficit de vagas vinculadas ao sistema penitenciário.

A Lei brasileira define que deve ser reservado a cada preso do sistema penitenciário um espaço de seis metros quadrados. Condenados cumprem pena em Cadeias Públicas de Minas Gerais em espaços de 30 centímetros quadrados. É comum em estabelecimentos penitenciários brasileiros presos se revezarem para dormir, ou amarrarem seus corpos a grades já que o espaço interno da cela não permite que todos se deitem ao chão ao mesmo tempo.

A Lei de Execuções Penais completa 20 anos de vigência no Brasil. Seu art. 203, § 2º, havia imposto o

prazo de seis meses, a partir de sua promulgação, para que todos os estabelecimentos penais necessários a dar concretude a seus dispositivos fossem construídos. Lamentavelmente, após mais de duas décadas, muito pouco foi feito. A omissão do Poder Público já começa a provocar reações no Poder Judiciário. Polêmicas decisões têm concedido rápido acesso ao regime aberto, ante a inexistência de colônias penais destinadas aos presos em regime semi-aberto. A ausência de Casas de Albergado tem levado juízes e tribunais a permitir que o condenado durma em sua própria residência à noite e lá permaneça nos dias de folga sem qualquer vigilância. O sistema penitenciário brasileiro acabou se transformando em fator permanente de tensão social.

O momento, portanto, é crítico e merece de todos nós, a máxima reflexão. Devemos ter a coragem de admitir que o Estado brasileiro não tem condições orçamentárias para resolver o grave problema carcerário e, a partir daí, buscar novas soluções como, o da entrada de capital privado para a modernização dos presídios. Só não podemos mais fingir que nada está ocorrendo.

\*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e atua no Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), autor do livro "Crime Organizado e Sistema prisional" publicado pela Editora Atlas

## Abuso do Direito

Milton Flávio de A. C. Lautenschläger\*

Sem dúvida nenhuma, a grande fonte de nulidades e reparações civis é o tradicional ato ilícito, isto é, o ato de vontade cujo objeto e resultado colidem com o chamamento ou com a vocação do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, quando alguém descumpra uma obrigação contratual praticando um ilícito contratual, sujeitando-se a uma reação da ordenação jurídica consubstanciada na obrigação de reparar o prejuízo causado (o art. 389 do Código Civil estabelece: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado"). É a chamada responsabilidade contratual.

Porém, a realidade demonstra que nem sempre o ato ilícito pressupõe um liame convencional entre o agente e a vítima do dano. O motorista que, imprudentemente, avança o sinal vermelho e

colide com o veículo que ganhava a sua frente, também está obrigado a reparar o dano causado, porque sua atitude culposa representa infração a um dever legal, mas não porque presente um nexo contratual entre os envolvidos (o art. 186 do Código Civil impõe: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"). É a chamada responsabilidade extracontratual ou aquiliana.

Mas não é só. Há situações excepcionais que, embora aparentemente preencham os requisitos necessários à responsabilização, ainda assim não constituem atos ilícitos ou têm os efeitos de sua ocorrência mitigados. São as chamadas escusativas de responsabilidade, dentre as quais se destacam a concorrência de culpa (art. 945 do Código Civil), o caso fortuito ou força maior (art. 393 do Có-

digo Civil), a legítima defesa, o estado de necessidade e, em especial, o exercício regular de um direito reconhecido (art. 188 do Código Civil).

Sobre esta última escusativa de responsabilidade, vale o seguinte raciocínio: se no ato ilícito há um procedimento contrário ao direito, quem exerce um direito, em tese, "não provoca dano" (qui iure suo utitur nemine facit damnum). Diz-se "em tese" porque nem todo exercício de direito é causa de exclusão da ilicitude. O direito deve ser exercitado regularmente, ou seja, nos limites dentro dos quais ele foi criado, sob pena de se configurar uma ilicitude, ou seja, em abuso do direito (artigo 187 do Código Civil).

Caracterizado o abuso do direito como uma ilicitude ou antijuridicidade, as suas consequências têm de ser as mesmas de qualquer atuação sem direito. Assim sendo, verificada a presença do abuso do direito na prática de negócios jurídicos,

por exemplo, este poderá ensejar não só a obrigação de reparar os danos por ele causados, morais e patrimoniais, como também a nulidade do ato ou negócio jurídico, nos termos do art. 166, II, VI e VII do Código Civil. O forte conteúdo ético de que se reveste este instituto justifica e reforça o desfazimento do ato e não apenas o ressarcimento do lesado.

Mas como identificar, na prática, a ocorrência do abuso do direito?

De fato, o anseio maior daqueles que se dispõem a escrever sobre o abuso do direito é, sem dúvida, a identificação de critérios capazes de definir a sua ocorrência. O reconhecimento destes critérios, contudo, não é tarefa das mais fáceis, em especial porque, aparentemente, a eficácia deste discernimento está intimamente ligada ao desenvolvimento das relações sociais e, como tal, sujeita a constantes modificações. Talvez isto explique a sucessão de

teorias desenvolvidas acerca do assunto ao longo dos anos.

Não obstante isso, ao nosso ver, identifica-se a ocorrência do abuso do direito: a) no comportamento emulativo, ou seja, na ação ou omissão destinada a causar prejuízo a outrem; b) no comportamento que, embora desprovido do caráter emulativo, não gera vantagem ao agente e revela-se desvantajoso ao terceiro; e c) no comportamento que, embora imponha utilidades para um e desutilidades para outro, se mostre, numa análise da jurisprudência e/ou da doutrina pelo magistrado, contrário aos valores, princípios e máximas de condutas que compõem a "unidade conceitual e valorativa" do Código Civil.

\*Mestre em Direito pela PUC-SP, Sócio do Queiroz e Lautenschläger Advogados, Autor do Livro "Abuso do Direito" (Editora Atlas) miltonflavio@qladvogados.com.br

**Rédito**  
perícias e assessoria contábil

**Perícias | Assistências | Assessoria Contábil**

Gilton Companhoni | CRC/RS 46.725 – Renato Oliveira Grüne | CRC/RS 45.039

Rua dos Andradas, 1270/21 | Porto Alegre | RS | fone:(51) 3013.9090

# A Responsabilidade Tributária do Adquirente de Estabelecimento Empresarial

Ana Cláudia Redecker<sup>1</sup>  
Ane Silveira<sup>2</sup>

O empresário ou sociedade empresária, para o exercício da empresa, necessita organizar um complexo de bens, denominado estabelecimento empresarial (artigo 1142, da Lei nº 10.406/02 – Código Civil). De acordo com a doutrina majoritária, estabelecimento empresarial consiste no conjunto de bens, corpóreos ou incorpóreos, indispensáveis e úteis ao desenvolvimento da atividade da empresa, cuja junção, na atividade empresarial, adquire um valor próprio, superior aos bens individualmente considerados, denominado fundo de comércio ou *goodwill of a trade*.

O estabelecimento empresarial pode ser objeto de negócio jurídico. Entre os vários negócios jurídicos que podem ser realizados com o estabelecimento, trataremos do contrato de trespasse, ou seja, aquele que instrumentaliza a alienação do estabelecimento a terceiro, denominado de adquirente, e, em particular, da responsabilidade desse pelas obrigações tributárias do alienante anteriores à realização do negócio.

A legislação atual sujeita a eficácia do contrato de trespasse a que ao alienante restem bens suficientes para solver o seu passivo, ou, ainda, ao pagamento ou à anuência

de todos os seus credores (art. 1145, Código Civil). Essa exigência da legislação civil, tem como objetivo proteger a coletividade de credores do alienante de um eventual “calote” desse, ou seja, de terem frustrada a satisfação do(s) seu(s) crédito(s).

O artigo 1146 do Código Civil, na mesma linha, visa conceder uma maior garantia aos credores do alienante, anteriores à realização do negócio, preconizando que “o adquirente do estabelecimento responda pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados”.

Ocorre que muitos débitos, principalmente os tributários, podem não se encontrar contabilizados quando da realização do trespasse. Em relação a eles, sem prejuízo do disposto no art. 1146, aplica-se a regra contida no artigo 133 do Código Tributário Nacional (CTN). De acordo com este dispositivo é necessário atentar para algumas particularidades do negócio e da situação fática do alienante e do adquirente após a realização do mesmo. Assim, se o adquirente continuar a exploração da atividade desenvolvida pelo alienante, sob o mesmo ou outro nome empresarial, responde pelos tribu-

tos relativos ao estabelecimento adquirido anteriores à celebração do trespasse. Esta responsabilidade será integral, se o alienante tiver cessado a respectiva exploração (art. 133, I, CTN). A cessação da atividade pode se verificar pela dissolução regular ou irregular, ou, ainda, pela inatividade do alienante. Será subsidiária a responsabilidade do adquirente (art. 133, II, CTN) se o alienante mantiver a mesma atividade ou iniciar nova atividade, dentro de seis meses a contar da alienação, no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão, ou seja, responderá com o seu patrimônio, no caso de insuficiência de bens do alienante para quitação dos débitos tributários anteriores ao trespasse. Nesse sentido dispõe a jurisprudência: “RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADQUIRENTE. CTN, ART. 133, I E II. I. Citada em nome próprio, na condição de responsável tributário, a representante legal da pessoa jurídica sucessora tem legitimidade para opor embargos do devedor. II. A responsabilidade tributária do adquirente de fundo de comércio só é integral quando o alienante cessa a exploração de comércio, indústria ou atividade (CTN, art. 133, I). Não comprovada tal

hipótese, a Fazenda não pode se voltar diretamente contra o responsável tributário, em detrimento do disposto no art. 133, II, do CTN. III. Remessa oficial improvida.” (REO 199701000305675, TRF, 1ª Região, DJ 23.11.00, Rel. Hilton Queiroz).

Estas regras não se aplicam quando a aquisição do estabelecimento ocorrer em processo de falência (§ 1º, I, art. 133, CTN) ou em processo de recuperação judicial (§ 1º, II, art. 133, CTN). Tais dispositivos foram introduzidos no CTN por força da Lei Complementar nº 118, 2005, visando adequá-lo ao disposto no inciso II, do artigo 141 e no § único, do artigo 60, da Lei 11101, 2005 (LRE) que revogou o Decreto-Lei 7661, 1945 (antiga Lei de Falências), e, introduziu no nosso ordenamento jurídico o instituto da Recuperação de Empresas, tendo como princípio basilar a preservação da empresa, ou seja, a preservação da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores (art. 47, da LRE). O adquirente, contudo, não gozará de tal prerrogativa se for, nos termos do § 2º, art. 133, CTN: “I – sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido

ou em recuperação judicial; II – parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou III – identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária”. Tal restrição visa coibir a utilização indevida das prerrogativas contidas nos incisos I e II, § 1º, do artigo 133, CTN. Assim, o adquirente no trespasse poderá vir a responder pelos débitos tributários do alienante anteriores ao negócio em determinadas circunstâncias (art. 133, I e II, do CTN), contudo, estará resguardado se adquirir o estabelecimento da falida ou de empresário ou sociedade empresária em processo de recuperação judicial de empresas, desde que não se enquadre numa das restrições previstas no § 2º, art. 133, CTN.

<sup>1</sup>Doutoranda em Ciências Jurídicas-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito pela PUC/RS, professora de direito da PUC/RS, UniRitter e UFRGS/RS e advogada.

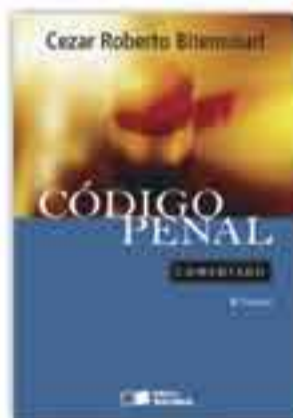
<sup>2</sup>Estudante de direito da PUC/RS e estagiária no escritório Rafael Pandolfo Advogados Associados.

## EDITORA SARAIVA LANÇAMENTOS



**MINI CÓDIGO PENAL ANOTADO**  
Ricardo Antonio Andreucci  
1ª edição, 2007,  
cartonado, 792 págs,  
12 cm x 16 cm

**R\$ 59,00**



**CÓDIGO PENAL COMENTADO**  
Cezar Roberto Bitencourt  
4ª edição, 2007,  
encadernado, 1294 págs,  
16 cm x 23 cm

**R\$ 169,00**



**CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**  
Uadi Lammêgo Bulos  
1ª edição, 2007,  
cartonado,  
1385 págs,  
16 cm x 23 cm

**R\$ 144,00**



**TEMAS ATUAIS DA EXECUÇÃO CIVIL**  
Coordenação:  
Mimma Cianci  
1ª edição, 2007,  
encadernado, 872 págs,  
16 cm x 23 cm

**R\$ 218,00**



**O SISTEMA TRIBUTÁRIO NA CONSTITUIÇÃO**  
Ives Gandra Martins  
6ª edição, 2007,  
encadernado, 757 págs,  
16 cm x 23 cm

**R\$ 142,00**



**TRATADO DE DIREITO PENAL - VOL. 5 - PARTE ESPECIAL**  
Cezar Roberto Bitencourt  
1ª edição, 2007,  
flexível, 489 págs,  
16 cm x 23 cm

**R\$ 109,00**



**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**  
Inocêncio Mártires Coelho  
3ª edição, 2007,  
brochura, 142 págs,  
14 cm x 21 cm

**R\$ 40,00**

Preços válidos nas livrarias de todo o país, exceto Acre, Amazonas, Roraima e Rondônia. Consulte condições de comercialização nessas regiões diretamente nas livrarias. Preços sujeitos a alteração sem aviso prévio.

**SAC**

Grande São Paulo: (11) 3613-3210  
Demais localidades: 0800 055 7688  
saraivajur@editorasaraiva.com.br

[www.saraivajur.com.br](http://www.saraivajur.com.br)



**Editora Saraiva**



# O Sistema de Controle da Constitucionalidade das Leis em Portugal

*O Conselheiro Rui Manuel Gens de Moura Ramos, veio ao Brasil, a convite da Ministra Ellen Gracie, no Ciclo de Palestras a respeito das Cortes Constitucionais do Mundo Inteiro, em que se está festejando os 200 anos da autonomia do Poder Judiciário Brasileiro, que ocorreu em 1807, com um movimento em que a Corte Portuguesa veio para o Brasil e aí os recursos não mais vão a Portugal, são todos julgados no Brasil e é isso que se festeja nesse momento em Brasília. Leia a seguir, a palestra de Rui Ramos, no dia 01/06/2007, na sede da Escola Superior da Magistratura, da AJURIS, em Porto Alegre.*

Quando o convite foi feito para abordar o sistema de controle da constitucionalidade das leis em Portugal, o mesmo tema que me trouxe ao Brasil, hoje de grande importância para falar um pouco no sistema de controle da Constitucionalidade das leis em Portugal, quero dizer que o faço com todo o gosto. Num sistema como o português e o brasileiro o papel das escolas de magistratura é muito importante.

Nessa matéria, os juízes no sistema de controle incidental e difuso como é o de Portugal e o do Brasil, vão ter a possibilidade de decidir sobre a aplicação ou não de uma lei em confronto com a Constituição.

Nosso sistema de ensino de Direito, com excesso às profissões jurídicas, houve recentemente um grande debate sobre o reforço do papel do Direito Constitucional, no quadro das escolas de magistraturas, ou seja, no quadro das instituições que entre nós desempenha essa função que é o Centro de Estudos Judiciários.

Portanto, quando o convite foi feito para intervir nesta Escola com esse tema, eu realmente senti que deveria fazer tudo para poder estar presente. E é com todo gosto que abordo o sistema de controle da Constitucionalidade das Leis em Portugal. Vejo aqui alguns estudantes que foram meus estudantes em Coimbra, nos quais pude verificar o alto nível que eram os ensinamentos jurídicos das escolas de Porto Alegre, portanto é um gosto reencontrá-los.

O tema que me foi pedido é o controle do sistema jurídico português, esse tema tem hoje uma grande importância. Portugal tem um sistema de controle da constitucionalidade no sistema jurídico português que é um sistema misto, de alguma forma vai recolher inspiração a dois temas fundamentais do controle da constitucionalidade. Esses sistemas se cristalizaram dos dois lados do Atlântico, inicialmente no horizonte jurídico norte-americano, que criou um sistema de controle difuso, um sistema de "judicial" "review", em que os juízes têm um acesso direto à Constituição e têm, nessa qualidade, a possibilidade de recusar a aplicação de uma lei com fundamento na sua desconformidade com a Constituição.

Isso é algo que se desenvolveu nos Estados Unidos e é algo que inspirou profundamente outros sistemas americanos, sistemas que foram beber a sua inspiração nessa matéria ao quadro jurídico estadunidense e dos quais o Brasil é um exemplo claro e nítido.

Diferentemente dessa matriz, na Europa tendeu desenvolver-se uma outra matriz, uma matriz em que em lugar de um controle difuso e incidental da constitucionalidade das leis,

em que o juiz tinha, portanto, acesso direto à Constituição se optou por criar uma instituição que tinha poder de controle concentrado em si mesma, competência do controle da constitucionalidade.

E é nessa linha que surgem os tribunais constitucionais. O sistema português é um sistema que vai tendo uma evolução ao longo da história e essa história entre nós começa por uma particularidade que é algo de interessante e em que se revela uma circunstância que não é muito comum, mas que tem, no sistema português, outras manifestações que não esta. E a circunstância de, dessa matéria, o sistema português ter ido buscar o essencial da sua inspiração ao sistema norte-americano, através do sistema brasileiro.

Ou seja, e, se tentarmos identificar os marcos essenciais da história portuguesa nesse domínio, nós vamos ver que em Portugal temos a falar a administração primeira e mais atual duma pronúncia sobre esse problema na Constituição Republicana de 1911.

Portugal proclamou a república em 1910, foi o segundo Estado Europeu a fazê-lo, depois da França e, em 1911, dotou-se na Constituição donde aparecia difuso e incidental uma norma dos termos da qual, uns juízes tinham o juízo dos tribunais judiciais, não juízes das outras ordens de jurisdição. Mas enfim, em 1911, os tribunais judiciais eram praticamente todos os tribunais existentes, eram muito poucos tribunais administrativos, os juízes dos tribunais judiciais tinham a possibilidade de nos feitos sujeitos a julgamento, como se dizia na linguagem da época e, quando as partes suscitassem a desconformidade duma norma com a Constituição, não aplicar essa norma, recusar-se a aplicar a norma com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Portanto, era uma prerrogativa de alguns tribunais, de quase todos, e era uma prerrogativa que estava sujeita à suscitação pelas partes do problema, isso é o que a Lei dizia em 1911, o que a Constituição dizia em 1911. Anteriormente a isso, tinha havido na fase final do constitucionalismo monárquico, uma discussão sobre a possibilidade dos tribunais terem esse comportamento, isto é, sobre se os tribunais podiam ou não podiam recusar a aplicação de leis inconstitucionais.

O século XIX português, foi um século complicado politicamente, foi um século em que se sucederam três textos constitucionais. Este texto constitucional que prevaleceu foi a chamada Carta Constitucional de 1826, decalcada na Constituição Brasileira, outorgada por Dom Pedro I do Brasil. E esse texto constitucional veio a sofrer três atos institucionais, três alterações ao

longo do século. Portanto foi, houve uma altura em que várias foram as alterações que se foram sucedendo.

Antecipando essas alterações, e nalguns casos contrariando-as, o Parlamento discutiu muitas vezes iniciativa legislativa que contrariavam o disposto na Constituição. E na altura, o Parlamento português, sobretudo na Câmara dos Pares, discutiu muito se era ou não era possível, portanto aprovar alterações legislativas no sistema que contrariavam. Por exemplo, isso se verificou, sobretudo, a propósito do sistema eleitoral das modificações introduzidas no sistema eleitoral, se se podiam fazer modificações no sistema eleitoral que contrariavam aquilo que a Constituição dizia.

E, de fato, a linha que prevaleceu foi a de que o Parlamento estava vinculado a respeitar a Constituição e, portanto, a essas alterações legislativas eram impossíveis. Questão diferente era de saber, se o Parlamento aprovando alterações da legislação ordinária, isto é, se o Executivo chamado a aprovar alterações da lei ordinária em períodos em que o Parlamento não estava a funcionar, período de interrupção do regime parlamentar, períodos do fundo de ditadura, se essas normas que não eram normas do regime parlamentar vinculavam ou não os juízes.

Portanto, o entendimento que prevalecia na doutrina e no Parlamento era mais ou menos o seguinte: bem, esses períodos são períodos excepcionais e geralmente o Parlamento voltava, que dizer, era um período de interrupção da legalidade parlamentar e o Parlamento quando se reunia depois dessa interrupção, a primeira coisa que fazia era confirmar as leis que tinham sido aprovadas pelo Executivo fora do período de vigência parlamentar. E, portanto tinha essa noção clara que essas leis eram aprovadas em período de urgência e portanto que se justificava que a sua aprovação tivesse tido lugar.

No entanto, a questão foi posta perante aos tribunais. E houve tribunais, tribunais de primeira instância portuguesa que, estamos a falar, portanto, do final do século XIX, princípio do século XX, em períodos de encerramento do parlamento, desencadeado pelo exercício do poder moderador por parte do rei, poder moderador este que vinha da Carta Constitucional e então houve situações em que os tribunais se recusaram a aplicar determinadas leis porque essas leis tinham sido aprovadas por uma entidade que não dispunha dos poderes constitucionais para esse efeito.

Essa questão, que foi uma questão que confrontou com o problema certos tribunais de primeira instância, suscitou o recurso para

o tribunal supremo do País, que era o Supremo Tribunal de Justiça reunido para apreciar recurso dessas decisões judiciais veio a proferir decisões que eram claramente em sentido contrário.

A postura do Supremo foi esta: os tribunais não devem recusar a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade, porque isso é desnaturar a sua missão, sua missão é aplicar a lei, não é discutir a validade da lei e colocá-los nessa posição é introduzi-los no processo político, é politizar a função judicial, isto são argumentos da motivação do acórdão e, portanto não deve ser facultado aos tribunais esse poder.

Portanto é uma decisão bastante bem articulada de 1907, em que o Supremo Tribunal Português, chamado Supremo Tribunal da Justiça, vem claramente dizer que aos tribunais deve estar vedado recusar aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade.

E depois do Supremo Tribunal da Justiça dizer isso em 1907, a Constituição de 1911 vem dizer o contrário e vem permitir aos tribunais, a todos os tribunais que se recusem a aplicar as leis com fundamento na sua inconstitucionalidade.

Essa postura do Direito português é importada por influência da Constituição Brasileira 1891, onde o mesmo poder era consagrado, ainda que com alcance restrito. A Constituição Brasileira de 1891 não permitia aos tribunais recusar a aplicação das leis federais, mas permitia aos tribunais recusar a aplicação das leis dos Estados, portanto, não era um poder geral, era um poder limitado, mas era de qualquer modo o poder de recusar a aplicação das leis inconstitucionais. E foi isso que Portugal adotou numa altura em que nenhum outro país europeu consagrava idêntica solução.

Mais tarde Portugal substituiu a Constituição de 1911, pela Constituição de 1933, o regime deixou de ser um regime parlamentar para ser um regime autocrático, mas nesse outro regime continuou a manter-se a possibilidade de recusar a aplicação das leis com fundamento na sua inconstitucionalidade, com algumas adaptações.

Por um lado, aquilo que até agora era uma prerrogativa de tribunais comuns, passou a ser uma prerrogativa de todos os tribunais, mesmo os tribunais administrativos, até o tribunal de contas eventualmente podia recusar a aplicação de uma lei com fundamento na sua inconstitucionalidade. E depois, isso passou a ser um poder inerente a função judicial e deixou de ser um poder que dependesse da prévia suscitação da questão pelas partes.

Portanto, ao contrário da Constituição de 1911, deixou de ser necessário que partes invo-

cassem a questão da inconstitucionalidade. Portanto, curiosamente, pode dizer-se que de certa forma houve um alargamento das prerrogativas judiciais no que toca a declaração da inconstitucionalidade das leis. Mas por outro lado, houve uma restrição, é que se os tribunais podiam decretar a inconstitucionalidade material das leis, passaram a estar limitados quanto à decretação de inconstitucionalidade formal ou orgânica.

Os tribunais não podiam, por uma cláusula expressa da Constituição de 1933, decretar a inconstitucionalidade formal ou orgânica de diplomas que tivessem sido promulgados pelo Presidente da República. Portanto, no fundo o que se passava é que a inconstitucionalidade formal ou orgânica passava a não estar nas mãos dos tribunais. Apenas a material. E as questões que no constitucionalismo monárquico tinham suscitado problemas eram sobretudo questões de inconstitucionalidade formal ou orgânica, no fundo o regime de 1933 pretendia não submeter aos tribunais a eventual intrusão do Executivo na área do legislativo.

O sistema continuou até ao final do regime de 1933, com uma alteração significativa, mantivesse um sistema de controle difuso, incidental da constitucionalidade das leis apesar de na última revisão constitucional que teve lugar no interior do regime de 1933, a revisão constitucional de 1971, se ter expressamente previsto a possível criação de um tribunal constitucional.

Ou seja, o legislador constitucional em 1971, previu, anunciou, prefigurou a hipótese de um controle concentrado de constitucionalidade. Controle esse que, bem vistas as coisas, não era totalmente novidade no interior do sistema jurídico português, porque ainda com caráter parcelar existia já, na ordem jurídica portuguesa, um sistema de controle concentrado de constitucionalidade das leis relativas ao chamado ultramar português.

As leis que se dirigiam não à

metrópole, mas apenas ao ultramar podiam ver a sua constitucionalidade apreciada por um órgão parajudicial que era o chamado Conselho Ultramarino, portanto esse Conselho, um órgão de estrutura estadual no Estado Português da altura tinha competência para apreciar constitucionalidade das leis relativas ao ultramar, portanto e aí essa competência do Conselho Ultramarino, portanto já havia um órgão de concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade.

E é nessa situação que nós chegamos à situação presente, isto é, a Constituição de 1976, que rege Portugal, a partir da Revolução de 25 de abril de 1974, ou melhor, depois de um período de transição constitucional, ou de uma ruptura constitucional melhor, em que houve a criação de um novo sistema constitucional, a nova Constituição vai criar, vai por um lado manter o sistema do controle incidental e difuso da constitucionalidade. Os tribunais continuam a ter a possibilidade de recusar a aplicação das leis inconstitucionais, mas em 1976, criou-se um órgão, ou melhor, um complexo orgânico de controle da constitucionalidade.

Esse complexo orgânico, dadas às condições, (não nos esqueçamos que Portugal emergia de uma situação revolucionária) era constituído pelo Conselho da Revolução que era um órgão político militar que tinha competência para apreciar a constitucionalidade das leis.

E esse órgão, um órgão político militar integrado, na sua maioria, na sua quase totalidade, por militares, esse Conselho era assessorado por outro órgão composto por juristas, é a Comissão Constitucional que dava parecer sobre a constitucionalidade das leis e depois esse parecer era submetido ao Conselho da Revolução. Nós tínhamos dois órgãos, um órgão, por assim dizer, jurídico e um político militar.

Para ler a palestra na íntegra  
acesse o site  
[www.estadodedireito.com.br](http://www.estadodedireito.com.br)

*Ele é, nascido na Batalha, em Portugal, licenciado em Direito pela Universidade de Coimbra, é especialista em Direito Internacional Privado. Tem formação em altos estudos pela Universidade de Paris II; é Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, desde 2004, e também professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.*

*Os cursos que tem ministrado foram sempre com ênfase na área de Direito Internacional Privado; foi membro do Conselho Diretivo e Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e diretor de cursos da Academia de Direito Internacional de Haya e do curso sobre Contrato de Trabalho no Direito Comunitário e Direito Internacional Privado, foi delegado do Governo Português, na Comissão das Nações Unidas de Direito Internacional.*

*É membro de várias entidades ligadas à área do Direito Comparado e é Advogado, atualmente com a inscrição suspensa. Foi membro da Comissão de Recursos da União Latina e Juiz de Trabalho de primeira Instância das Comunidades Europeias, entre 1995 a 2003. Desde 11/4/2003, é Juiz do Tribunal Constitucional de Portugal. Recentemente, em 4 de abril de 2007, foi eleito Presidente do Tribunal Constitucional Português.*

## Novos rumos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Marcus Vinícius Antunes\*

Conforme o Informativo 463, do Supremo Tribunal Federal, no período entre 16 e 20 de abril de 2007, publicado em 7 de junho de 2007, em Questão de Ordem nos Recursos Extraordinários 353657/PR e 370682/SC, interpostos pela União em matéria de Imposto sobre Produto Industrializados, o Ministro Ricardo Levandowski entendeu possível a “modulação” dos efeitos da sentença. Considera o Ministro que o fato de a regra de modulação estar expressamente prevista no artigo 27 da lei 9868/99, que rege o controle concentrado, não é suficiente para, por raciocínio contrário, permitir que se conclua estar vedado no sistema difuso incidental, que ocorre no caso concreto, de “índole subjetiva”. O julgamento foi suspenso por pedido de vista do Ministro Marco Aurélio.

Já na Questão de Ordem na Medida Cautelar em Ação Cautelar 189/SP, julgada em 9 de junho de 2004 – Revista Trimestral de Jurisprudência 192 – o Ministro Gilmar Ferreira Mendes postulava idêntica orientação. Para tanto invocou o direito comparado e a inflexão que gera à sua jurisprudência a Suprema Corte norte-americana, após a crise de 1929, passando a mitigar a tradicional concepção de nulidade de lei inconstitucional. Aliás, tal posição já fora literalmente expressa na Exposição de Motivos 1889, de 7 de abril de 1997, atinente a própria lei 9868, antes aludida. Afirma esse Ministro que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da “limitação” dos efeitos. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, com base nesse voto, concedeu efeito suspensivo ao recurso, por unanimidade.

Em palavras mais acessíveis aos que se iniciam ou se interessam, o problema pode ser posto assim: o recurso extraordinário é meio de que dispõem as partes para atacar decisão judicial que, de alguma forma, afronte formal ou materialmente a Constituição do Brasil. Atendidos requisitos, como “prequestionamento” e demonstração da “repercussão geral”, o recurso, de decisão de última ou única instância, leva somente o debate de matéria de **direito constitucional** ao Supremo Tribunal Federal, sem debate sobre “fatos”. A decisão do Supremo Tribunal Federal que, eventualmente julga procedente o pedido, reconhecendo a inconstitucionalidade, autoriza a alteração do julgamento do mérito da causa, em favor do recorrente. Por isso, a inconstitucionalidade é *incidental*. Tal decisão, por tradição, somente beneficia a parte vencedora. Tal sistema se diz “difuso” porque, em tese, qualquer juiz pode deixar de aplicar a norma inconstitucional, tanto quanto qualquer tribunal pode, por maioria absoluta, declarar a inconstitucionalidade. O ca-

ráter incidental e difuso nos vem da tradição norte-americana. É também de nossa tradição, na declaração de inconstitucionalidade, dar-lhe efeito retroativo máximo, chamado *ex tunc*, o que, de resto, também foi inspirado no modelo norte-americano, ou seja, na teoria da nulidade, ou do caráter declaratório da decisão. Assim, se, por exemplo, alguém fora condenado ou sofrera execução com base em norma tributária inconstitucional, tem direito a restituir-se integralmente dos pagamentos feitos, e de não pagar futuramente tal tributo.

Com os votos acima comentados, pode-se perceber um movimento em outra direção. Examinando as consequências do julgamento, o Supremo Tribunal Federal poderá adotar a mesma conduta prevista no artigo 27 da Lei 9868, que prevê situações de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Ou seja, decidir que os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade se dê a partir de um certo momento que o próprio Supremo Tribunal entender adequado. Nesse sentido, a decisão tem caráter *constitutivo*, como queria Kelsen e não declaratório, com se afirmou tradicionalmente. Essa faculdade tem sido utilizada em Tribunais Constitucionais europeus, mormente a partir do Tribunal Constitucional alemão. Esse sistema permite o exame em *abstrato* da questão constitucional e é *concentrado*, porque somente o Tribunal Constitucional pode pronunciar inconstitucionalidade. A decisão tem *efeito geral e vinculante*. Daí a origem de nossas Ações Diretas, que convivem com o método difuso, nem sempre em harmonia.

É cedo para tirar conclusões definitivas. Já existe voto do Ministro Eros Grau, propondo até mesmo *efeito geral*, próprio do método concentrado, em recurso extraordinário, o que oportunamente poderá ser examinado. Importa dizer porém que esses votos são indícios de importantes alterações na jurisprudência e na própria vida jurídica do país. Isso leva a uma outra reflexão: o sistema de provimento dos cargos de nosso tribunal maior está à altura de tantos poderes e responsabilidades? É tema para outra oportunidade.

\*Especialista em Ciência Política pela UFRGS. Mestre em Direito do Estado, pela PUC/RS. Créditos de Doutorado em Direito já cumpridos na UFRGS. Advogado especialista em Direito Público. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro dos Advogados e do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Ex-Procurador-Geral substituto de Porto Alegre. Atual Professor Adjunto de Ciência Política, Introdução ao Direito e Direito Constitucional na PUCRS. Professor licenciado da UNISINOS.

### CURSO PREPARATÓRIO PARA CONCURSOS PÚBLICOS

CARREIRAS JURÍDICAS E CARREIRAS FISCAIS

VISITE NOSSO SITE E CONHEÇA NOSSOS CURSOS E PROFESSORES!

#### AULAS GRATUITAS

Agende uma semana de aulas gratuitas e conheça pessoalmente o curso com o maior número de aprovações em todo Brasil.



Em 2006 foram 17.040 aprovações no Brasil!

[www.idrs.com.br](http://www.idrs.com.br)

IDRS Porto Alegre - (51) 3226.0808  
IDRS Santa Maria - (55) 3222.7373  
IDRS Santa Cruz do Sul - (51) 3715.2964  
IDRS Pelotas - (53) 3227.5222  
IDRS Caxias do Sul - (54) 3221.2926

IDRS Capão da Canoa - (51) 8473.5603  
IDRS Passo Fundo - (54) 3335.2325  
IDRS Itaqui - (55) 8134.1989  
IDRS Ijuí - (55) 3332.4331

# Operação Furacão, limites das investigações e Estado Garantista de Direito

Luiz Flávio Gomes\*



Prof. Luiz Flávio Gomes e Carmela Grüne em palestra na Livraria Saraiva, em Porto Alegre.

Considerando-se que o Brasil ocupa posição de destaque (em 2006 era o número 70, em 163 países) no “ranking” mundial de percepção da corrupção elaborado pela Transparency International ([www.transparencia.org.br](http://www.transparencia.org.br)) e um dos últimos a adotar medidas concretas e efetivas para enfrentá-la com seriedade; considerando o relatório do Banco Mundial divulgado em 15.04.07 (Folha de S. Paulo de 16.04.07, p. B4), que aponta o Brasil como um dos piores lugares do mundo para se fazer negócios, sobretudo em razão da corrupção e da criminalidade; considerando, ademais, a impunidade quase absoluta dos altos integrantes dos poderes constituídos, não causou surpresa o aplauso nacional que recebeu a “Operação Furacão”, da Polícia Federal, que inteligentemente vem descobrindo falcatruas imensas (mensalão, sanguessuga, anaconda etc.) sem derramar (em regra) uma só gota de sangue.

O brilho dessas retumbantes operações, entretanto, muitas vezes, acaba sendo ofuscado por algumas elementares violações à estrita legalidade, que é o eixo que caracteriza o Estado Garantista de Direito (EGD, tão difundido por Ferrajoli). Foi precisamente isso que enfatizaram o presidente nacional da OAB (Cezar Britto), Alberto Z. Toron (Presidente da Comissão de Prerrogativas) e tantos outros, em petição escorreitamente fundamentada e dirigida ao Ministro Cezar Peluso, que deferiu de plano (praticamente todos) os pleitos formulados.

O que foi pedido pela OAB? Basicamente o seguinte: (a) acesso aos autos do inquérito policial aos advogados dos indiciados, sob pena de abuso de autoridade; (b) direito de dialogar pessoal e reservadamente com os clientes (censurou-se o contato com prazo limitado, em parlatórios e por meio de interfone); (c) prisão dos advogados em sala de Estado-Maior, garantida pelo Estatuto da Advocacia, que preencha as condições mínimas de dignidade fixadas pela ONU.

No que concerne ao acesso aos autos da investigação, invocou-se o precedente firmado no HC 82.354-8-PR (rel. Min. Sepúlveda Pertence), que proclamou:

“a) malgrado não se apliquem as garantias do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, existem, não obstante, ‘direitos do indiciado no curso

do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio”;

b) “do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual, ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas, não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade” (DJU 24.09.04).

A CF, no seu art. 5º, inc. LXIII, com efeito, assegura ao indiciado, quando preso (por extensão, também quando solto) a assistência técnica de advogado. Nisso está incluído, claramente, o acesso aos autos da investigação. Não pode nunca o advogado perturbar o natural andamento das investigações. Mas nada daquilo que já foi investigado e que consta dos autos pode ser subtraído do seu conhecimento. Pensar (ou praticar) o contrário significa violar o direito de defesa que está garantido pela constituição, embora não em sentido amplo, inclusive na fase preliminar de investigação.

O EGD, diferentemente do Estado de Direito *tout court*, caracteriza-se não só pela positivação de tais direitos e garantias, senão, sobretudo, pelo respeito ao conteúdo de cada um deles.

“O indiciado [por conseguinte] é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (RTJ 168/896-897, rel. Min. Celso de Mello). Não custa advertir, como foi feito no MS 23.576/DF, rel. Min. Celso de Mello, que o respeito aos valores e princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as

ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público.” No mesmo sentido: Inq. 1.867/DF, rel. Min. Celso de Mello; MS 23.836/DF, rel. Min. Carlos Velloso.

O direito de conversar pessoal e reservadamente com o cliente está previsto no artigo 7º, inciso III, do Estatuto da Advocacia que, nessa parte, não foi declarado inconstitucional pelo STF. O contato pessoal, pela literalidade do dispositivo, deve ser em regra direto, tal como assegurou o Min. Cezar Peluso, em sua decisão. Em outras palavras: não pode ser imposto prazo que implique cerceamento, não se pode usar parlatórios ou interfones (a exceção, aqui, evidentemente, ficaria por conta de situações extremas, como vemos em alguns casos de terrorismo no estrangeiro). E tudo deve ser feito de forma reservada, ou seja, não se admite nenhum tipo de gravação ou filmagem.

No que diz respeito ao recolhimento do advogado em sala de Estado-Maior, com condições dignas, cabe afirmar o seguinte: praticamente não existe no Brasil nenhuma “sala de Estado-Maior”, logo, o fundamental é o respeito à dignidade do advogado preso cautelarmente. Isso depende, portanto, de cada caso concreto. Foi por essa razão que, nesse ponto, o Min. Cezar Peluso requisitou informações sobre as condições da prisão. Remarque-se que “A inexistência, na comarca, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado, antes de consumado o trânsito em julgado da condenação penal, confere-lhe o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar.” (RTJ 169/271-274, rel. Min. Celso de Mello). Cabe sublinhar ainda o seguinte: a incompatibilidade entre a norma anterior especial (Lei n.º 8.906/94, art. 7º, V) e a norma posterior geral (Lei n.º 10.258/2001) resolve-se em favor da primeira (“lex posterior generalis non derogat priori specialis”).<

\*Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais – [www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br))

MÉXICO

## Registro de Marcas em Aduanas

BAUDELIO HERNÁNDEZ\*

En atención a las disposiciones de ADPIC, los países latinoamericanos están trabajando para evitar las importaciones paralelas ilegales en fronteras así como el tráfico de mercancías ilegales o con marcas piratas.

Las aduanas están jugando un papel muy importante en este tema, así España ha tomado firmes decisiones de incautar mercancía de dudosa procedencia teniendo una base de datos más o menos precisa de productos que pudieran estar en el caso de ilegales importaciones paralelas o bien de piratería. Su actuación de acuerdo con la información obtenida en la Conferencia ASIPI-OMPI de Panamá, España es en Europa el país que mas activo se encuentra en este campo.

México por su parte ha tomado medidas en la frontera con Estados Unidos y Sudamérica pero al no haber una regulación específica al respecto, las aduanas cumplen en forma muy parcial con el objetivo de evitar importaciones paralelas ilegales y/o de marcas que entran ilegalmente al país provenientes de Panamá y los Estados Unidos sin que se tenga un control que permita una actuación exitosa para evitar los ilícitos previamente referidos.

Un problema similar al referido en el párrafo anterior se sucede entre la frontera de Brasil con Paraguay, en donde Brasil es quien hace el mayor esfuerzo para evitar el tráfico ilegal de mercancías a su país pero su esfuerzo hasta ahora es insuficiente debido a ser un país tan grande, sumado a eventuales casos de corrupción y a la situación económica per se del ingreso per-cápita de los brasileños que igualmente al caso de los mexicanos, no tienen punto de equiparación con el ingreso per-cápita de Canadá y Estados Unidos, razón por la cual y siendo las necesidades las mismas, muchos abogados coincidimos en que mientras los niveles de pobreza se mantengan, por mas esfuerzos que hagan los gobiernos, la piratería y las importaciones paralelas ilegales seguirán siendo tema de discusión.

En Argentina para evitar las importaciones paralelas ilegales y la piratería y tráfico de mercancías ilegales en frontera, ha planteado un REGISTRO DE MARCA EN ADUANAS este tema resulta interesante y seguramente se verá con buenos ojos por algunos, sin embargo, la situación del doble registro no leva a gustar mucho a los empresarios independientemente de que no solo deberán registrar su marca en aduanas sino que tendrán que dar información de los pedimentos de importación, países de procedencia, sus datos fiscales y todos los elementos que en frontera puedan servir a los aduanales para cumplir con las reglas de ADPIC. En lo personal me parece visionaria la propuesta pero tendrá que ser evaluada según el específico caso de cada país ya que su regulación puede alterar tratados internacionales de comercio, ya de por si complicados en materia de “libre comercio”.

\*Advogado atuante na área de propriedade intelectual. Ele realizou seus estudos na Universidad Nacional Autónoma de México e nos EUA. Escreveu diversos artigos sobre propriedade intelectual. Membro de diversas associações como: Colegio Nacional de Abogados Foro de México, Barra Mexicana de Abogados, Asociación Mexicana para la Protección de la Propiedad Industrial (AMPI), entre outras.



# Foro Privilegiado e Impunidade. Ou será que alguns são mais iguais que os outros?

José Paulo Baltazar Junior\*

Qualquer cidadão que seja acusado de um crime será julgado, em regra, por um juiz de primeiro grau e poderá, caso venha a ser condenado, recorrer da condenação para um tribunal, caso em que a matéria será reexaminada por no mínimo três outros juízes, julgando em conjunto.

Há, porém, ocupantes de cargos públicos aos quais foi atribuído o chamado foro privilegiado, o que significa dizer que somente podem ser julgados, caso venham a ser acusados, diretamente por um tribunal, ou seja, por mais de um juiz, e não por um juiz de primeiro grau. É o caso do Presidente da República, dos Governadores, Prefeitos, Parlamentares, Magistrados e Membros do Ministério Público.

Esse sistema coloca, porém, algumas dificuldades para a persecução penal, a começar pela produção da prova em relação aos delitos cometidos pelo agente público no exercício do cargo, como corrupção, desvio de verbas ou crimes de licitações. A investigação de tais delitos demanda, usualmente, medidas que somente podem ser determinadas pelo juiz, como

interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal ou busca e apreensão de documentos em residência. Em casos de foro privilegiado, somente o Tribunal, geralmente afastado até mesmo fisicamente do local dos fatos e da autoridade policial encarregada da concretização das medidas, poderá autorizá-la, o que por si só representa uma dificuldade.

Vencida a difícil etapa da produção da prova e oferecida a denúncia pelo Ministério Público, segue-se a fase da instrução processual penal, ou seja, da apresentação das provas em juízo, momento em que os réus poderão exercer, de forma ampla, como reconhecido na Constituição, o direito de defender-se, o que, por evidente, é próprio do Estado de Direito e deve ser garantido a qualquer acusado.

Mas a prática demonstra que a instrução será tanto mais complexa e tumultuada, quanto maior for a disponibilidade de dispêndio de recursos para a defesa. Falando claramente, quanto maior o poder financeiro ou político do réu, mais difícil será a condução do feito. No exercício regular – ou às vezes abusivo – do direito de defesa,

serão colocados todos os obstáculos possíveis e imagináveis ao andamento do processo, como uma série de habeas corpus e mandados de segurança contra qualquer atitude do juízo, juntada maciça de documentos, pedido de provas desnecessárias, arrolamento de grande número de testemunhas “vip” em outros Estados ou Países, vazamento de notícias na imprensa, acusações de arbítrio contra o magistrado que conduz o feito, pressão ou violência contra testemunhas, e por aí afora.

Essas dificuldades se multiplicam quando há um grande número de réus, havendo casos de processos com dezenas ou até centenas de volumes, o que demanda tempo e atenção para uma apreciação adequada da prova. Nesse tipo de feito, as audiências assemelham-se a comícios e aumenta o risco de falhas no procedimento, que poderão levar a nulidade do processado.

Para um juiz criminal de vara especializada, que se dedica somente a isso, já é complexa a condução de uma ação penal desse tipo. Para os juízes de tribunais, em regra assoberbados com várias outras e

“ Falando claramente, quanto maior o poder financeiro ou político do réu, mais difícil será a condução do feito. No exercício regular - ou às vezes abusivo - do direito de defesa, serão colocados todos os obstáculos possíveis e imagináveis ao andamento do processo, como uma série de habeas corpus e mandados de segurança...”

complexas causas, a tarefa se apresenta quase irrealizável, com exceção daqueles raros casos em que o tribunal contar com câmaras ou turmas especializadas em matéria criminal, o que minimiza consideravelmente o problema.

O resultado é um alto número de ações penais de competência originária alcançadas pela prescrição, ou seja, a perda do direito do Estado de punir o acusado depois de um certo tempo decorrido, de modo que o foro privilegiado acaba por consagrar a impunidade justamente em relação aos agentes públicos que tem um maior dever de probidade.

Por essas razões é que se apresenta

inconveniente a Proposta de Emenda Constitucional 358, que pretende garantir o foro privilegiado mesmo para os casos em que a ação penal venha a ser proposta depois que o agente público deixou o cargo, além de ampliar a sua aplicação para os casos da chamada improbidade administrativa, com isso alargando a impunidade.

Ou será que alguns são mais iguais do que os outros?

Juiz Federal, Mestre e Doutorando em Direito na UFRGS, atualmente faz estágio de doutorando na Eberhard Karls Universität, em Tübingen, Alemanha.

## Série Fundamentos Jurídicos uma Seleção de Obras Atualizadas e Práticas para atender aos estudantes



A série Fundamentos Jurídicos constitui-se em uma seleção de obras atualizadas, práticas e de conteúdo complexo para atender a interesses de estudantes, candidatos de concursos jurídicos e profissionais de Direito. Elaborados por autores de reconhecida experiência profissional e didática, os textos versam sobre os temas fundamentais de todas as áreas do Direito.

### NOVAS EDIÇÕES 2007

DIREITO CIVIL: Parte Geral - v. 1  
João Baptista de Mello e Souza Neto  
144 páginas - 6ª Edição (2007) - R\$ 30,00

DIREITO CIVIL: Obrigações - v. 2  
João Baptista de Mello e Souza Neto e  
Alexandre Luiz Cláudio  
210 páginas - 2ª Edição (2007) - R\$ 34,00

DIREITO CIVIL: Sucessões - v. 7  
Guilherme Calmon Nogueira da Gama  
232 páginas - 2ª Edição (2007) - R\$ 45,00

DIREITO DO TRABALHO - v. 10  
Sergio Pinto Martins  
206 páginas - 1ª Edição (2007) - R\$ 35,00

DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL - v. 14  
Sergio Pinto Martins  
182 páginas - 6ª Edição (2007) - R\$ 38,00

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS - v. 11  
Gianpaolo Peggio Smarzo  
178 páginas - 3ª Edição (2007) - R\$ 33,00

DIREITO PROCESSUAL PENAL - v. 19  
Gianpaolo Peggio Smarzo  
169 páginas - 4ª Edição (2007) - R\$ 41,00

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO - v. 20  
Sergio Pinto Martins  
180 páginas - 10ª Edição (2007) - R\$ 38,00

Procure em sua livraria ou ligue para 0800 17 1944.

Você pode também comprar pelo Portal Atlas : [www.EditoraAtlas.com.br](http://www.EditoraAtlas.com.br)

# Assédio moral e contrato de trabalho

Pedro Paulo Teixeira Manus\*

Tem sido freqüente de um tempo para cá o debate sobre o tema do assédio moral no âmbito das relações entre empregados e empregadores, não obstante o fato em si seja contemporâneo ao início da relação de emprego.

Ora, se assim é, por que somente nos dias de hoje começou a se falar sobre o denominado assédio moral? Se o fenômeno não é novo, qual a explicação para que só agora venha à tona?

A expressão *assédio* significa insistência impertinente, junto de alguém, com perguntas, propostas ou pretensões indevidas. Somando-se à expressão *assédio* o qualificativo *moral*, temos a figura da insistência impertinente a alguém com propostas ou pretensões indevidas e indesejadas que atingem moralmente o assediado, provocando situação insuportável, que atinja a dignidade do ofendido.

Ocorre que a CLT não traz dentre as faltas cometidas pelo empregador ou seus prepostos, nem aquelas cometidas pelo empregado, a figura do que atualmente denominamos *assédio moral*.

Não obstante, ao longo do tempo, antes mesmo da consagração da nova expressão, o artigo 483, letra "e", da CLT reconhecia como falta "praticar o empregador ou seus prepostos, contra o empregado ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama". De igual modo o artigo 482, letra "b", da CLT sempre considerou falta passível de dispensa do empregado por justa causa a "incontinência de conduta ou mau procedimento".

Vê-se que a lei não contém a figura do assédio moral como justa causa específica, mas sempre foi

possível enquadrá-lo nestas hipóteses, do mesmo modo que o assédio sexual, como demonstra a jurisprudência, quando provado o ato ilícito praticado.

O que resulta da definição etimológica da expressão assédio moral é que o mesmo se caracteriza pela repetição de atos que ofendem a dignidade da pessoa vítima da ofensa.

Voltando à indagação do início, referente ao crescimento de discussões judiciais sobre assédio moral, acreditamos que a consagração pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal, da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado democrático de direito, foi um importante passo na defesa do respeito aos valores mais caros ao cidadão.

Isso quer significar que além do direito do trabalhador ao posto de serviço, ao salário digno, reconhece a Constituição o direito de ser tratado como todo cidadão, merecendo respeito, como contrapartida ao seu dever de respeitar o empregador e seus prepostos.

A doutrina passou a utilizar a expressão assédio moral para conceituar a prática ilícita do assédio que atinge a dignidade da pessoa, ofendendo-o moralmente.

Desse modo, sempre que se constata que o empregador, diretamente ou através de seus representantes, age contra o empregado, ofendendo-o em sua dignidade, por meio de atos que se repetem, restringendo-o ou humilhando-o perante os demais, estamos diante de hipótese de assédio moral.

A ocorrência do assédio moral verifica-se de variadas maneiras, por palavras ou pela prática de

atos, atingindo o empregado em seu patrimônio moral, estético, profissional, ou de qualquer aspecto pessoal que atinja sua dignidade. Eis porque pode o empregador vir a ser responsabilizado e condenado a indenizar o empregado quando constatada a hipótese de assédio moral com ofensa à dignidade do empregado, configurando dano moral, que implica direito à indenização, à luz do artigo 5º, V, da Constituição Federal.

Lembre-se ainda a disposição do artigo 932, III, do Código Civil, que responsabiliza o empregador objetivamente pelos danos causados a terceiros pelos seus empregados, serviçais ou prepostos, o que implica o dever da empresa de informar seus empregados, gerentes e prepostos da vedação de atos que possam vir a configurar assédio moral, cabendo-lhe, ademais, fiscalizar os atos por estes praticados, a fim de coibir a prática de atos ilícitos.

Como se vê, a incidência significativa de ações judiciais em que se discute a ocorrência do assédio moral e consequentes pedidos de indenização decorre da importância que o legislador constitucional de 1988 empresta à preservação e respeito expressos à dignidade das pessoas.

Observe-se, porém, que, em se tratando de fato novo, enseja eventuais abusos na postulação judicial, que devem ser coibidos, até que se atinja o desejado equilíbrio pela ação da doutrina e da jurisprudência, que deverão estabelecer os devidos conceitos e contornos a se observar no tratamento adequado ao novo instituto.

Outra questão importante a considerar diz

“ *Isso quer significar que além do direito do trabalhador ao posto de serviço, ao salário digno, reconhece a Constituição o direito de ser tratado como todo cidadão, merecendo respeito, como contrapartida ao seu dever de respeitar o empregador e seus prepostos.* ”

respeito ao direito à indenização e sua fixação, que ser rege pelo artigo 944 do Código Civil, devendo a mesma ser proporcional ao dano causado, observando-se a situação tanto do ofensor quanto do ofendido, a fim de que se cumpra igualmente a função pedagógica da condenação, quando for a hipótese.

\*Juiz Vice-Presidente Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região; Professor titular e livre-docente em Direito do Trabalho da PUC-SP; Autor dos livros *Direito do Trabalho, Execução de Sentença no Processo do Trabalho e Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho*, pela Editora Atlas.

## Embriões Excedentes: Breves considerações para o Direito Penal-Constitucional

Cristiane Beuren Vasconcelos\*

Temos convivido nos últimos tempos com uma ciência prodigiosa em descobertas desenvolvimentistas. A descendência humana que sempre fora determinada pelo fatalismo biológico da reprodução, fruto ocasional de um ato íntimo do casal, no paradigma cultural da modernidade cedeu espaço à dominação da natureza pela tecnociência. Fomos introduzidos às técnicas de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, eugenia, projeto genoma humano, clonagem. As descobertas da nova fisiologia da reprodução que permitem separar a atividade sexual do fenômeno procriativo, possibilitam a materialização de qualquer projeto parental - em seus menores detalhes - no âmbito do consultório médico, entre profissional e interessados. Na busca do super-homem (projeto do homem ideal) estimula-se o aborto eugênico (eugenia negativa), acolhe-se a vida do embrião sob certas condições, recusando-se-lhe a limitação e a enfermidade. Atendendo a desejos egoísticos, os pais escolhem as características do futuro bebê. Suprimem-se as expectativas pela certeza do resultado, o qual, sendo objeto de cláusula contratual inculca responsabilidade ao profissional contratado. Estaríamos na área do instituto jurídico da compra e venda não fosse o objeto desse contrato a produção e destino de uma vida humana! Não obstante, por detrás das maravilhas descobertas pela Engenharia Genética, existe também o outro lado, face obscura positivamente ocultada pelos laboratórios, clínicas e demais canais de informação, onde se encontram os embriões excedentes, manipulados geneticamente, utilizados como matéria-prima em experimentos de toda sorte, detentores de anomalias decorrentes de

intervenções em seu genoma e transmissores desses "erros" às suas gerações futuras, sujeitos ao risco do eventual descarte quando finda sua finalidade científica. Em torno desta faceta menos glamourosa também decorrente desta prodigiosa ciência é que a reflexão se faz necessária. Afinal, não seriam esses seres humanos tutelados pelo Direito? A resposta

“ *A interpretação sistemática do ordenamento nos conduz a esta linha de raciocínio uma vez que as garantias constitucionais de proteção à vida, à dignidade e à liberdade humanas são decorrência de consensos estabelecidos em torno do tema da proteção da pessoa, em âmbito mundial, pelos tratados internacionais.* ”

não poderia ser outra que não a afirmativa. Do contrário poderíamos estar relegando à humanidade os horrores do caos por ela já vivenciados à época do holocausto, ferida histórica sempre presente nas suas lembranças e motivo de temor ante o projeto do futuro que se pressagia.

No âmbito civil-constitucional a proteção da pessoa humana ocorre em dois níveis, basicamente: o dos *direitos subjetivos*, intimamente ligados à noção de capacidade - que se atribui mediante a reunião dos pressupostos que a lei determina como necessários à conquista deste *status* -, e, o dos **princípios gerais de direito constitucional**, que se sustentam enquanto valores supremos informadores do ordenamento, aplicáveis à todas as pessoas, indistintamente, e

principalmente àquelas privadas ainda de sua capacidade *de fato*.

Enquanto os primeiros se destinam à ressalva de direitos de ordem patrimonial, os segundos, em perfeita complementaridade, destinam-se a proteger os bens da personalidade humana. Quanto a estes últimos, ensina José Enrique Bustos PUECHE: "o

princípio geral de respeito à dignidade humana, significa, entre outras coisas, que a proteção e o amparo dos bens da personalidade se eleva a princípio geral de direito, de sorte que nem o legislador pode promulgar normas que lesionem os bens da personalidade, nem o juiz aplicar as que puderem estar em contradição com aquela"

A interpretação sistemática do ordenamento nos conduz a esta linha de raciocínio uma vez que as garantias constitucionais de proteção à vida, à dignidade e à liberdade humanas são decorrência de consensos estabelecidos em torno do tema da proteção da pessoa, em âmbito mundial, pelos tratados internacionais. Como instrumentos que buscam promover a integração dos povos estabelecendo

pontos de consenso sobre matérias consideradas fundamentais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) preocupou-se em alinhar em trinta artigos, princípios específicos destinados à proteção da integridade físico-psíquica humana sem discriminar o ser humano nascido do não nascido; o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) que entrou em vigor no Brasil em 1978, na esteira o mesmo raciocínio declarou ser pessoa "todo o ser humano" (§ 2.º do seu art. 1.º), igualmente sem qualquer discriminação entre o curso de sua vida intra ou extra-uterina; os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, estabeleceram para os Estados subscritores dos tratados o dever de progressividade no implemento dos direitos humanos ali proclamados. A Constituição brasileira não só acolheu toda essa gama principiológica (§ 2.º do art. 5.º) como também recepcionou o princípio da solidariedade (art. 3.º, I) guindando referidos valores à categoria de cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV CF/88) sobre as quais, inclusive, se assenta o próprio Estado Democrático de Direito.

Para ler o artigo na íntegra acesse o site [www.estadodedireito.com.br](http://www.estadodedireito.com.br)

\*Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná - UFPR, Pós-graduada em Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade Passo Fundo - UPF/ UFRGS, Bacharel em Direito pela Universidade Passo Fundo - UPF/UFRGS; (autora da obra: A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia, Atlas/2006).

# Efetividade da Execução Trabalhista

Sergio Pinto Martins\*

O Judiciário tem ficado desgastado e desacreditado com uma série de acontecimentos recentes, principalmente pela morosidade das suas decisões, mas também das notícias veiculadas na imprensa relativas a corrupção em relação aos seus juízes.

série de críticas ácidas ao sistema da época. O livro foi publicado em 1726. Mostra na passagem citada o descrédito em relação ao juiz e à Justiça, que já não agradavam naquela época.

É preciso, portanto, fazer alguma coisa para que a justiça seja feita e

a quem efetivamente a tem". Para se assegurar os fins do processo é preciso que ele seja rápido e faça justiça. O acesso "à ordem jurídica justa" nada mais é do que uma liberdade pública do indivíduo.

O Poder Judiciário deve dar respostas perseguidas e queridas pela sociedade onde está a atuar, para que venha a ser, em consequência, voluntariamente cumprida sua decisão, com a diminuição efetiva e potencial dos conflitos. O juiz deve estar voltado para a realidade social, não somente decidindo de acordo com o que se persegue e se quer, mas, principalmente, direcionado à obtenção de soluções mais eficazes e mais consonantes com os valores sociais que se pretende atingir.

O tempo é um dos fatores essenciais para a efetividade do processo em relação ao qual o juiz trava uma luta diária. O atraso na solução do processo implica, às vezes, a impossibilidade prática do recebimento do valor devido. É o caso de empresas que desaparecem no curso do tempo e não cumprem a obrigação determinada na sentença, ficando o empregado sem receber seu crédito. É o que também ocorre com empresas que dilapidam seu patrimônio e o empregado não consegue receber o que lhe foi deferido na sentença.

Não é o processo um fim em si mesmo. É um meio para atingir a justiça. O processo que dura muito tempo acaba trazendo prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional e acaba trazendo sentimento de insegurança ao credor.

A efetividade do processo tem por objetivo eliminar conflitos e fazer justiça. A finalidade da jurisdição é a obtenção da paz social. Assevera René Morel que "é inútil ter uma boa lei de processo se é má a organização

judiciária e insuficientes os juízes, ao passo que juízes com extensos conhecimentos podem, a rigor, satisfazer-se com leis medíocres".

Para garantir a efetividade, deve-se assegurar igualdade jurídica (art. 5.º, caput da Constituição) a pessoas que são completamente desiguais, como empregado e o empregador. O credor não é igual ao devedor na execução. A execução nada mais representa do que entregar ao jurisdicionado aquilo que lhe é devido de acordo com o que foi proclamado na sentença, reparando o mal que lhe foi causado.

As reformas têm partido dos problemas constatados no Judiciário e que são minoritários, não enfrentando a causa da demora da prestação jurisdicional.

Não há necessidade da edição de um Código de Processo do Trabalho, em razão da morosidade que isso acarreta. Basta ver o Código Civil que tramitou no Congresso Nacional desde 1972 e só foi aprovado em 2001. Muito melhor seria a reforma da CLT ou da legislação processual trabalhista por leis de poucos artigos, como tem sido feito no CPC. A reforma iria sendo realizada a conta gotas, devendo ser ouvidos especialistas, visando evitar a elaboração de leis mal feitas ou mal redigidas.

Não há dúvida a respeito da necessidade de mudanças. A inovação é necessária, mas deve ser feita para melhor (reformatio in melius), para aperfeiçoar e não para pior (reformatio in peius).

A justiça do processo deve começar também por uma lei menos burocratizada, eliminando procedimentos inúteis ou excessivos, que emperram o andamento do processo. Por que também não alterar o CPC reduzindo

o prazo de recursos de 15 para 8 dias, como já ocorre no processo do trabalho? Não importa um sistema jurídico que apenas assegure o acesso formal do indivíduo à Justiça, se não houver uma providência jurisdicional efetiva, rápida e com custos menores.

Para a efetividade do processo é preciso que este seja o mais célere possível, de modo que possa, inclusive, ser justo. O processo do trabalho deveria ser efetivamente mais célere do que qualquer outro, de modo que o empregado possa receber o que lhe é devido o mais rapidamente possível. A demora na solução do processo traz injustiça ao obreiro, que deixa de receber o que lhe é devido quando mais necessita daquele valor, isto é, logo após a dispensa.

É claro que a efetividade da execução não será alcançada com o menosprezo aos direitos processuais das pessoas, principalmente do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ser justo é aplicar a lei, de forma correta e no tempo necessário. Do contrário, haverá injustiça. Como afirmava Rui Barbosa: justiça tardia é injustiça manifesta. Diria eu: execução ineficiente, é injustiça manifesta, pois não assegura o cumprimento da decisão a quem tem o direito.

Quando o Judiciário é lento, a condenação é descumprida ou protelada, com o credor não obtendo seu direito, há descrença na Justiça, caracterizando injustiça manifesta. Pior injustiça é ter uma justiça cega, a balança desregulada, pendendo para apenas um lado e com a espada sem corte.

\* Juiz do TRT da 2ª Região e professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

“ O tempo é um dos fatores essenciais para a efetividade do processo em relação ao qual o juiz trava uma luta diária. O atraso na solução do processo implica, às vezes, a impossibilidade prática do recebimento do valor devido. ”

A crítica e a descrença em relação ao Judiciário não são novas. Lembro a passagem do livro de Jonatham Swift tratando dos juízes: "ao defender uma causa, evitam cuidadosamente entrar no mérito da questão; mas são estrondosos, violentos e enfadonhos no discorrer sobre todas as circunstâncias que não vêm a pelo.

Por exemplo, no sobredito caso, não querem saber quais os direitos, os títulos que tem o meu adversário à minha vaca, mas se a dita vaca era vermelha ou preta, se tinha os chifres curtos ou compridos, se o campo em que ela apascentava era redondo ou quadrado, se era ordenhada dentro ou fora de casa, a que doenças estava sujeita, e assim por diante; depois disso, consultam os precedentes, adiam a causa de tempos a tempos e chegam, dez, vinte ou trinta anos depois, a uma conclusão qualquer" (Viagens de Gulliver. São Paulo: Folha de São Paulo, 1998, p. 263).

O autor narra as viagens do personagem Gulliver a vários países imaginários. Nesse interim, vai fazendo uma

aquele que tem direito receba-o o mais rapidamente possível. A palavra efetividade vem do verbo latino *efficere*, que tem o sentido de produzir, realizar. Significa efetividade a qualidade do que é efetivo, atividade. Efetivo é algo real, positivo. Distingue-se a efetividade da eficácia. Esta envolve aptidão para produzir determinado efeito. Efetividade é a concreta produção de efeitos.

O processo deve atingir os fins para os quais foi proposto. Deve produzir um resultado positivo, que é a satisfação da pessoa que tem razão. É um instrumento para a concretização e efetivação do direito material. Chiovenda afirma que o processo deve "dar a quem tem um direito, na medida do que for possível na prática, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter". O titular do direito deve receber tudo e precisamente aquilo a que tem direito, mas nada mais do que isso.

Na Exposição de Motivos do CPC de 1973 verifica-se que "a aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão

Estado de Direito ! informação formando opinião

Anuncie no Estado de Direito. Ligue (51) 3246.3477

## Cursos para Exame de Ordem 02/2007

- > Somos o 2º maior preparatório para Exame da OAB no RS.
- > De cada 5 alunos, 4 são aprovados.
- > Corpo docente qualificado e identificado com o aluno.
- > Turmas reduzidas, material didático e site exclusivo.
- > Nova unidade em São Leopoldo: início das aulas: 5/07.
- > Maior número de opções de cursos no Estado:

SEMI-EXTENSIVO INTENSIVO SUPER-INTENSIVO  
SABADÃO REVISÃO PRÉ-PROVA 2ª FASE



RETORNO  
JURÍDICO

www.estudosjuridicos.com.br

Quem fez, recomenda. Quem faz, aprova.

Especialistas em Exame de Ordem  
(51) 3225-3373

Em breve o Concurso  
de Monografia  
do Jornal Estado de Direito

1001

### Produtos de Informática

- Computadores, Componentes, Periféricos, Software, Acessórios e Suprimentos

### Serviços de Informática

- Recargas de cartuchos p/ impressoras - NBR ISO 9001
- Up grade
- Manutenção de Computadores e Impressoras

Telentrega: (51) 3219-1001  
consultoria.informatica@1001.com.br



ESMAFE-RS  
A Escola dos Juizes Federais

## CURSO de PREPARAÇÃO à MAGISTRATURA FEDERAL

Prova de Seleção: 07/07/2007

Inscrições até 04/07/07 (25/06 para candidatos à bolsa)

(51) 3286.0310

www.esmafe.org.br  
esmafe@esmafe.org.br

Andradas, 1001/16º andar, cj. 1603 - Porto Alegre - RS



# A questão da diminuição da maioridade penal

## Redução da maioridade penal: uma necessidade indiscutível

Fernando Capez\*

Em virtude do recente episódio ocorrido no Rio de Janeiro, no qual um menino de 6 anos foi barbaramente arrastado por bandidos em um carro, reacendeu-se o debate em torno da redução da maioridade penal, dada a suspeita de envolvimento de um menor de idade nesse ato criminoso.

A redução da maioridade penal, contudo, é tema bastante polêmico, devido aos aspectos políticos, biológicos, sociais, filosóficos etc., que a matéria envolve. Daí a dificuldade prática, entre juristas e integrantes da sociedade como um todo, de se chegar a um consenso, a uma solução válida. Há, inclusive, diversas Propostas de Emendas Constitucionais tramitando no Senado, com o fito de alterar, nesse aspecto, o Código Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Sabemos que a maioridade penal ocorre aos 18 anos, conforme determinação constitucional (CF, art. 228). Abaixo desse limite de idade, presume-se a incapacidade de entendimento e vontade do indivíduo (CP, art. 27). Pode até ser que o menor entenda perfeitamente o caráter criminoso do homicídio, roubo, estupro, tráfico de drogas, mas a lei presume, ante a menoridade, que ele não sabe o que faz, adotando claramente o sistema biológico nessa hipótese.

Nesses casos, os menores de 18 anos,

apesar de não sofrerem sanção penal pela prática de ilícito penal, em decorrência da ausência de culpabilidade, estão sujeitos ao procedimento e às medidas socioeducativas previstas no ECA (Lei n. 8.069/90), em virtude de a conduta descrita como crime ou contravenção penal ser considerada ato infracional (veja art. 103 do ECA). No caso de medida de internação, o adolescente é liberado compulsoriamente aos 21 anos de idade.

Na atualidade, porém, temos um histórico de atos bárbaros, repugnantes, praticados por indivíduos menores de 18 anos, os quais, de acordo com a atual legislação, não são considerados penalmente imputáveis, isto é, presume-se que não possuem capacidade plena de entendimento e vontade quanto aos atos criminosos praticados.

A grande questão é: como podemos, nos dias de hoje, afirmar que um indivíduo de 16 anos não possui plena capacidade de entendimento e volição?

Estamos "vendando" os olhos para uma realidade que se descortina: o Estado está concedendo uma carta branca para que indivíduos de 16, 17 anos, com plena capacidade de entendimento e volição, pratiquem atos atroz, bárbaros.

Ora, no momento em que não se propicia a devida punição, garante-se o direito de matar, de estuprar, de traficar, de ser bárbaro,

de ser atroz.

Mesmo considerando-se aspectos da realidade educacional e a omissão do Estado em prover a orientação adequada para os jovens, ainda assim, a redução da maioridade penal é medida justa. Até porque, se ponderarmos esses fatores, aquele que praticou um crime com 18, 20, 21 anos, o fez porque não teve oportunidade, também, de emprego, estudo etc. Por isso, tal argumento não pode ser levado em consideração para afastar a redução da maioridade penal.

Dessa forma, o que se pretende, na realidade, é o distanciamento desses discursos ideológicos, políticos etc., a fim de proporcionar a retribuição penal na justa dimensão do crime cometido, atendendo, inclusive, ao princípio da proporcionalidade insculpido na Constituição Federal, a qual exige maior rigor penal para os casos de maior gravidade (art. 5.º, XLII, XLIII e XLIV).

O intuito, portanto, da redução da maioridade é o de reparar tão graves injustiças, de propiciar a punição na proporção do crime praticado. Assim, um menor de idade que pratique um crime hediondo, como o que ocorreu no Rio de Janeiro, deverá responder pelo crime tal como um indivíduo maior de 18 anos.

É extremamente injusto que, após cometer tão bárbaro crime, seja liberado

compulsoriamente aos 21 anos, nos termos do ECA, ao passo que um indivíduo de 18 anos que tenha co-participado do crime possa ficar segregado por até 30 anos em estabelecimento carcerário.

E o que é pior: aos 21 anos, quando for liberado, esse indivíduo estará novamente no seio da sociedade, voltando-se, outra vez, contra a população indefesa e aterrorizada.

Há, no entanto, mais uma alternativa para a solução desse problema, caso haja resistência na sociedade no tocante à redução da maioridade penal. De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, no caso de medida de internação, o adolescente é liberado compulsoriamente aos 21 anos de idade. Pois bem. Seria viável uma modificação legislativa no sentido da alteração desse limite de idade, o qual passaria a ser de 30 anos. Com isso, seria possível evitar o problema da liberação rápida do infrator e a sensação de impunidade.

Dessa forma, não podemos mais insistir em discurso estéril, isto é, de que prisão ou Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem) não regeneram, ou de que o Estado deveria proporcionar condições sociais e educacionais ao menor. É claro que essas medidas são a pedra fundamental e estrutural de qualquer mudança social, mas não justificam a resistência das autoridades em mudar a lei

penal. Frise-se: os indivíduos maiores de 16 e menores de 18 anos possuem, na atualidade, plena capacidade de entendimento e de volição. Se não houver a redução da maioridade penal ou o aumento do tempo de internação em unidades da Febem, o Estado, mais uma vez, será o maior responsável por fomentar a "fábrica" de criminosos.

A redução da maioridade penal, portanto, é uma realidade, uma necessidade indiscutível. É assim nos países mais avançados da Europa, onde se fala entre 14 e 16 anos.

Embora haja projetos de lei para viabilizar a redução da maioridade penal, no entanto, cremos que há ainda muita resistência no seio da sociedade, dado, como dissemos, os diversos aspectos (políticos, ideológicos, biológicos, psicológicos etc.) que envolvem essa mudança.

\*Fernando Capez - Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP), Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Promotor de Justiça licenciado, Diretor Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Bandeirantes de São Paulo (UNIBAN), Professor no Complexo Jurídico Damásio de Jesus e na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Deputado Estadual pelo PSDB e Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa de São Paulo.

**Os mais conceituados coordenadores.  
A mais conceituada escola.  
As mais conceituadas Pós-graduações.**

Pós-graduação em Direito Penal Econômico  
Coordenação prof. Douglas Fischer

Pós-graduação em Direito Processual Civil  
Coordenação prof.ª Maria Helena  
Rau de Souza

Pós-graduação em Direito Público  
Coordenação prof.ª Vânia Hack de Almeida

**Os mais conceituados professores:**

### Penal

Dr. Fernando Capez  
Dr. Eugênio Paccei  
Dr. Vladimir Aras  
Dr. José Paulo Baltazar Jr.

### P. Civil

Dra. Jaqueline Mielke  
Dr. Sérgio Porto  
Dr. Daniel Ustároz  
Dr. Ovidio Baptista da Silva

### Direito Público

Dra. Vânia Hack de Almeida  
Dr. Jairo Gilberto Schäfer  
Entre outros palestrantes.



**Verbo Jurídico**

(51) 3354-2121

www.verbojuridico.com.br



**Verbo Jurídico**

Quem conhece sabe a diferença.



**Pós-Graduações**

A pós-graduação com a marca da  
qualidade.

